

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 11 MAR 2020

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014-2015-00211-00

Tema: Confirma sentencia de primera instancia que negó a la demandante el reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014, como consecuencia del paro colectivo de actividades de la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado ponente: **Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se concedan las siguientes:

1. Pretensiones

1.1 Pretensiones principales

Solicita la parte demandante se concedan las siguientes pretensiones:

Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No SSAG-OTH No 1487 del 28 de julio de 2015 expedido por el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Seccional Boyacá o del acto ficto presunto derivado del mismo oficio, que negó la solicitud de reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014 y las reliquidaciones prestacionales solicitadas.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante el salario del mes de noviembre de 2014 y las prestaciones sociales reliquidadas con el salario reconocido.

Que las sumas reconocidas a favor del demandante sean actualizadas, teniendo en cuenta la variación del IPC en el país entre la fecha en que se hicieron exigibles y la fecha de ejecutoria del fallo de primera o segunda instancia según el caso; que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas a la demandada.

1.2. Pretensiones subsidiarias

Que se declare a la demandada administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsable, de los perjuicios materiales y morales causados a la demandante, con ocasión del no pago del salario del mes de noviembre de 2014 y la no reliquidación de prestaciones sociales.

Que se condene a la demandada al pago de los perjuicios materiales – consistente en la indemnización por valor del salario del mes de noviembre de 2014 debidamente actualizado - y morales en el equivalente a 100 S.M.L.M.V o el valor conforme a los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Que las sumas reconocidas a favor del demandante, sean actualizadas, teniendo en cuenta la variación del IPC en el país entre la fecha en que se hicieron exigibles y la fecha de pago; que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas a la demandada.

2. Fundamentos fácticos

Narra la demanda que la demandante es funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Fiscal Diecinueve Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja

Para el mes de noviembre de 2014 se desarrolló un paro judicial y la demandante en cuanto le fue posible, desempeñó las labores inherentes a su cargo, puesto que en

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

determinados momentos, la Fiscalía General de la Nación no propició las condiciones para que desarrollara su labor además de que se impidió el ingreso a sus lugares de trabajo, por lo que la Fiscalía General de la Nación, sin verificar qué funcionarios prestaron sus servicios y cuáles fueron las causas por las que no se encontraron en sus puestos de trabajo, no canceló el salario del mes de noviembre de 2014, lo cual además afectó la liquidación de sus prestaciones sociales.

La demandante solicitó ante el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Seccional Boyacá el reconocimiento del salario y la reliquidación de sus prestaciones, con el salario del mes de noviembre de 2014, petición que fue resuelta en el oficio demandado en este proceso, en el que se indicó que *“Atentamente me permito informarle que los salarios correspondientes al mes de noviembre de 2014, fueron cancelados, siguiendo las directrices impartidas por el Despacho del señor Fiscal General de la Nación, según circular 0014 del 18 de noviembre de 2014”*.

3. Fundamentos de derecho

- **Normas invocadas:** Artículos 25, 53, 29 y 39 de la Constitución Política de Colombia; artículos 159, 161, 162, 168 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes y pertinentes.

- Concepto de la violación:

Resaltó la protección constitucional del derecho al trabajo que fue desconocido por la entidad demandada con el no pago del salario del mes de noviembre de 2014, el cual es ilegal, por cuanto la entidad pública no propició las condiciones para que el demandante concurriera a sus actividades de trabajo, ya que las oficinas y en general las instalaciones fueron cerradas por los miembros del sindicato, lo que no permitió que muchos servidores prestaran el servicio público, aunado a que la entidad pagó a unos funcionarios sus salarios y a otros no, con el argumento de una irregular verificación de cumplimiento de función administrativa. En consecuencia no existía justificación legal, fáctica ni probatoria para efectuar descuentos que se convierten en retenciones indebidas de salario.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

Trajo a colación los principios mínimos fundamentales del trabajador contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, que no fueron respetados por la demandada, especialmente el de percibir un salario en condiciones dignas y justas.

Señaló que la demandada desconoció el derecho de asociación sindical utilizando presiones indebidas, reteniendo de manera injustificada los salarios de funcionarios como el demandante, lo que además vulneró el debido proceso en la medida en que la sanción no fue el resultado de un proceso que permitiera a la demandante ejercer su derecho de defensa presentando argumentos y pidiendo pruebas que le permitieran acreditar que prestó sus servicios o que no lo había podido hacer por circunstancias ajenas a su voluntad por bloqueo de la entrada a las instalaciones de la entidad.

Indicó que el acto demandado debe declararse nulo por violación de normas superiores o en que debía fundarse el acto, toda vez que no se aplicaron normas mencionadas anteriormente que contemplan el derecho de la demandante a percibir su salario, por tratarse de un servidor público en ejercicio de servicio público, sin que fuese legal su retención o descuento si su autorización ni justificación legal alguna.

Adujo que no constituye causa legal justificada la retención del salario por cese de actividades de la Rama Judicial, porque no existió autorización para el descuento de salario como lo contempla el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo aplicable en sus principios al presente caso, el cual preceptúa que están prohibidos los descuentos salariales sin orden suscrita por el trabajador o sin mandamiento judicial, y de presentarse, se convierte en una retención indebida de salarios, ya que los descuentos permitidos solamente se dan por excepción y frente a autorizaciones expresas.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 4 de diciembre de 2015¹ ante el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, quien mediante proveído del 21 de enero de 2016² admitió la demanda ordenando notificar a la Fiscalía General de la Nación, al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica

¹ Ver folio 30 del expediente

² Ver folios 32 a 35 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

del Estado, de conformidad con lo previsto en los artículos 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P: Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo objeto del proceso, conforme al párrafo primero del artículo 175 del C.P.A.C.A.

1. Contestación de la demanda³

La Fiscalía General de la Nación, presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Adujo que los fundamentos legales y constitucionales de los memorandos No 00041 del 20 de noviembre de 2014 y No 0000044 del 2 de diciembre de 2014, por medio de los cuales se implementó la medida de deducir el pago de salarios a los funcionarios que decidieron cesar en el cumplimiento de sus deberes se encuentran ajustados a derecho y no han sido objeto de cuestionamiento de legalidad por parte de las autoridades competentes.

Señaló que a través de la circular No 0014 del 18 de noviembre de 2014 el Fiscal General de la Nación hizo un llamado a retornar al desarrollo de las actividades de este ente en condiciones de normalidad al tratarse de un servicio público esencial. La citada circular además ordenó a los directores nacionales y secciones de la Fiscalía General de la Nación a fin de que reportaran a los funcionarios que no se encontraban cumpliendo con sus funciones y de ser el caso, procedieran a hacer efectiva la deducción salarial por inasistencia al lugar de trabajo, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Argumentó que el cese de actividades adelantado por los empleados de la Fiscalía General de la Nación no está amparado por las garantías que otorgan la Constitución, la ley y los convenios de la OIT, pues el llamado paro no siguió los procedimientos establecidos en ellas. No obstante, debe tenerse presente que en materia laboral para el caso de los funcionarios públicos consta de unas regulaciones especiales que indican una exigencia superior en cuanto a la prestación personal del servicio, entre ellas se encuentra la expresa prohibición de pagar a los trabajadores los días no

³ Ver folios 52 a 82 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

laborados sin justificación legal pues, que el cese de actividades se fundamente en un paro, esto no impide que no se puedan realizar las deducciones ordenadas.

Realizó un análisis sobre el derecho a la libre asociación sindical por parte de los empleados públicos, para concluir que dicho derecho no es pleno, por cuanto no se les permite elevar pliegos de peticiones ni convenciones colectivas ante la administración, lo que limita una de las funciones reglamentarias de todo sindicato. De otra parte, el derecho a la huelga también está limitado en los términos del artículo 416 del CST, puesto que las actividades que realizan los empleados públicos son considerados servicios públicos esenciales.

De otra parte adujo que existe una gran diferencia entre el paro colectivo de labores en actividades donde por la clase de servicios que realizan y por la calidad de los funcionarios, está prohibida cualquier suspensión de los mismos y el cese de actividad ocasionado por motivo de una huelga legalmente declarada. Trajo a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se indicó que el no pago de salarios a los trabajadores durante el periodo de la huelga responde entre otras cosas a la aplicación del principio de equidad, pues es injusto, irrazonable y desproporcionado que las consecuencias o perjuicios económicos que se derivan de la huelga deban recaer única y exclusivamente en una sola de las partes – los empleadores – y no ambas, esto es, tanto en estos como en los trabajadores.

No obstante, cuando la huelga obedece a una justa causa la suspensión de los contratos de trabajo equivale en la práctica a que el empleador haya dispuesto dicha suspensión y se justificaría el no pago de salarios, porque según el art. 140 del C.S.T puede causarse el salario sin prestación del servicio, cuando durante la vigencia del contrato su omisión se deriva de la disposición o de la culpa de aquél.

De otra parte, en la sentencia T 413 de 2005 se afirmó que no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. Existe entonces respaldo jurisprudencial y legal para el no pago de los salarios de los servidores públicos durante el periodo en el cual no haya prestación de servicios, como consecuencia de un cese de actividades.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

Agregó además que el descuento de salarios referido no vulnera los derechos de asociación, al trabajo ni el debido proceso pues quedó a salvo la posibilidad de que los trabajadores de la Fiscalía pudieran acreditar las razones que les impidieron cumplir la jornada laboral, no hubo sanción individual a cada trabajador, y por ende no puede tomarse como sanción mantener el equilibrio de la relación laboral y el principio de que a toda labor ejecutada, le corresponde una remuneración.

Indicó que el demandante no demostró cuáles son las irregularidades o vicios de la comunicación realizada en forma individual a los actores, pues su inconformidad radica esencialmente en el no pago de estos días en que estos funcionarios cesaron en sus actividades bajo el argumento del paro nacional.

Afirmó que no existió vulneración al debido proceso por cuanto el descuento del salario por los días no laborados por la actora se realizó por la causa señalada en la ley, con la observancia de las formas mediante los procedimientos propios de este tipo de actuaciones administrativas en materia de administración de personal, en el entendido de que ante la verificación de la no asistencia sin justa causa, debe proceder a ordenar el descuento respectivo.

Resaltó que la demandante pese a estar afiliada al sindicato no contaba con permiso sindical que la autorizara a no cumplir con sus funciones, y el pago de salarios sin la prestación del servicio constituye un enriquecimiento sin justa causa en perjuicio de la entidad, aunado a que la demandante no demostró haber prestado el servicio, en cambio, el cese de actividades si se encuentra acreditado. Finalizó haciendo referencia a jurisprudencia que avalan el no pago salarial por días no laborados. Señaló finalmente que no la demandante no probó que cumplió con la prestación del servicio y por el contrario aparece acreditado el cese de actividades de la demandante.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 22 de septiembre de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A.⁴

⁴ Ver folio 126 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, evacuadas las etapas de ésta se fijó fecha para realización de audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011.⁵

3. Audiencia de pruebas

El 24 de mayo de 2017 se evacuó audiencia de pruebas, finalizada la cual se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión⁶.

4. Alegatos de conclusión⁷

Tanto la parte demandante como la demandada reiteraron los argumentos presentados en la demanda y la contestación de la demanda.

III. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante fallo proferido el 30 de noviembre de 2017⁸, negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

1. Hizo un estudio sobre el deber de las entidades de resolver de fondo las peticiones ya que el derecho fundamental de petición no se satisface con la simple notificación oportuna de una respuesta formal que hace un ente público o privado a un particular, sino que, además, dicha respuesta debe cumplir con los requisitos de claridad y congruencia entre lo solicitado y lo respondido, siendo su deber resolver de fondo la solicitud presentada.

En tal sentido, consideró el a quo que la respuesta dada por la entidad demandada en el oficio demandado en nulidad no constituye una respuesta de fondo, por lo que consideró que en el caso concreto se configuró fue un silencio administrativo negativo

⁵ Ver folios 128 a 136 del expediente

⁶ Ver folios 154 a 156 del expediente.

⁷ Ver folios 162 a 169 del expediente.

⁸ Ver folios 200 a 212 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Claudia Marcela Bolívar López**
Demandado : **Fiscalía General de la Nación**
Expediente : **15001-33-33-014 -2015-00211-01**

al no resolverse la solicitud conforme a lo pedido, emitiéndose una respuesta que no accedía ni negaba lo solicitado respecto de la demandante.

2. Realizó estudio legal y jurisprudencial relacionado con los límites en el ejercicio del derecho a la huelga para concluir que el acceso a la administración de justicia se erige como una garantía que contribuye a la remoción de obstáculos en diferentes ámbitos, tornándola inclusiva y debiéndose ofrecer a la comunidad en condiciones de igualdad, gratuidad, y responsabilidad con miras a garantizar una armonía social, de modo que no es dable que se pueda garantizar el derecho de huelga en situaciones que conlleven a la afectación de este servicio público esencial, dado el carácter que le ha impreso el mismo Congreso de la República al señalarlo así en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

3. En concordancia con lo anterior, señaló que tanto la ley como la jurisprudencia han señalado que resulta procedente, proporcionado y ajustado el descuento de los días no laborados salvo cuando la huelga obedezca a un hecho imputable al empleador por el incumplimiento de sus obligaciones laborales, sin que en ningún caso esté permitido desconocer o afectar el mínimo vital, la vida digna o los derechos irrenunciables a la seguridad social del trabajador, de ahí que se exija el pago de los aportes para salud y pensión durante el término de duración del cese de actividades, se planteen alternativas cuando se acredite la efectiva prestación del servicio o se proponga recuperar el tiempo no trabajado.

En consecuencia, para tener derecho a reclamar el salario se hace necesario acreditar que se ha prestado el servicio, a través del medio que sea idóneo para comprobarlo y de igual forma debe probarse que con tales descuentos se están afectando derechos que la administrativo debe ponderar para que si es del caso, las determinaciones que se adopten causen menor impacto en el trabajador.

3 Al descender al caso concreto concluyó el juez de primera instancia:

“Del recuento fáctico precedente, se destaca que efectivamente existió un cese de actividades en la Fiscalía General de la Nación, lo que acarreó que se adelantaran las respectivas deducciones salariales, previa certificación expedida por los Directores Nacionales y Seccionales de la entidad, quienes tenían la obligación de reportar los servidores de su dependencia que no prestaron efectivamente el servicio en el mes de noviembre de 2014, y respecto de los aportes a seguridad social, se estableció que se

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

debían consignar en un 100%, bajo el entendido que no se suspendió la relación legal y reglamentaria con la entidad, sino que se previó que con posterioridad se harían los cobros de los porcentajes que correspondieran al trabajador.

Se encuentra acreditado también que la actora trabaja en la Fiscalía General de la Nación, de igual forma que participó en la huelga que tuvo lugar en los meses de octubre a diciembre de 2014 y que se le efectuó el descuento de su salario para el mes de noviembre de dicha anualidad dada su inasistencia a su lugar de trabajo, justificándose éste último en que la administración de justicia es un servicio público esencial al que la Constitución y la ley le restringen el derecho a la huelga, imponiendo su prestación permanente y continua salvo excepciones legales.

Respecto al no pago de salarios originado en la cesación del servicio por huelga, diversas instancias han insistido en que procede dicho descuento por inasistencia al trabajo, con motivo de un cese de actividades o huelga prohibida por la ley, anotando que la pretensión concreta se dirige a ordenar el pago del salario del mes de noviembre de 2014 y la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales pero que no se probó que en efecto la señora **CLAUDIA MARCELA BOLÍVAR LÓPEZ** hubiera acudido a su lugar de trabajo, como si se probó según certificación expedida por la Directora Seccional de Fiscalías que su ausencia se prolongó durante 24 días de dicha mensualidad, tampoco se aportaron planillas que permitieran observar con claridad que se había cumplido la jornada de trabajo comoquiera que de la testimonial no emerge con claridad que las mentadas planillas existieran, y teniendo en cuenta además lo preceptuado en el citado Decreto 1647 de 1967, que señala que para la aplicación de los descuentos salariales, se debe observar el debido proceso así: i) el pago será por servicios prestados; ii) es obligación ordenar el descuento o abstenerse de pagar todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal; iii) se debe certificar que los servicios se prestaron efectivamente o producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia.

Así, las deducciones salariales se encontraron soportadas, más teniendo en cuenta que los descuentos de nómina no se controvirtieron en su momento, tomando como directrices las emanadas del Despacho del Fiscal General de la Nación mediante memorando 0044 de 2 de diciembre de 2014 que hizo un llamado cordial a los servidores que no permiten el desarrollo normal de las actividades constitucionales y legales de la entidad, e impedían que aquellos funcionarios que no participaron del cese de actividades pudieran ingresar a sus lugares de trabajo, para que suspendieran ese tipo de actuaciones y levantaran los bloqueos que impedían ingresar a las instalaciones de la entidad; y ordenó a los Directores Nacionales y Seccionales de Fiscalía que reportaran a los funcionarios que no estaban cumpliendo con sus labores y, de ser el caso, hacer efectiva la correspondiente deducción salarial por inasistencia al lugar de trabajo.

De otro lado, los bloqueos que tuvieron lugar y que impidieron la entrada de los funcionarios a su lugar de trabajo no puede atribuirse a la entidad accionada, sino que los mismos obedecieron a los sindicatos que lideraron la huelga que los usaron como forma de presión, con las consecuencias adversas que ya conocemos referidas al descuento salarial proporcional a la actuación por parte de los trabajadores con la afectación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, sin que se haya probado la violación endilgada frente a la actuación adelantada por la Fiscalía General de la Nación en relación con el acto administrativo negativo presunto derivado de la falta de respuesta a la solicitud elevada por el apoderado de la señora **CLAUDIA MARCELA BOLÍVAR LÓPEZ** en fecha 06 de julio de 2015.

Debe aclararse que no desconoce el Despacho, que al interior de la huelga existían servidores que querían laborar normalmente, pero que no lo podían hacer dado que otros compañeros lo impedían a través de bloqueos u otros medios coercitivos, pero frente a tal actuar debió estar registrado, soportado y probado que hubiera sido esa restricción la causa efectiva de su no labor. Es del caso señalar que no obra tampoco en el plenario prueba que indique que la actora notificara a su empleador la voluntad de laborar y que los bloqueos de los sindicatos se lo impedían con el fin que este tomara las medidas del caso y se garantizara la prestación del servicio, tampoco existen planillas de control en las que conste que todos los días durante el mes reclamado, la accionante concurrió en el horario de trabajo a las dependencias de la Fiscalía ubicadas en la carrera 10 N° 20 21 de la ciudad de Tunja y que no pudo ingresar, estando presta a hacerlo si se superaban las condiciones que lo impedían, es decir el hecho fortuito de tener obstáculos insalvables para ella, que le impedían ejercer su labor.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

De lo anterior se concluye que las pruebas requeridas para acreditar el dicho de la demandante, no se evidencian, sin olvidar que la carga de la prueba corresponde a la actora y, dadas las circunstancias no queda otro camino para el fallador que negar las pretensiones de la demanda en relación con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la señora **CLAUDIA MARCELA BOLÍVAR LÓPEZ**".

Negó entonces la primera instancia las pretensiones de la demanda.

IV. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, el cual sustentó en los siguientes argumentos:

Señaló que el a quo reconoció que el demandante no prestó sus servicios durante el paro judicial por circunstancias ajenas a su voluntad y concretamente por la imposibilidad absoluta de poder ingresar a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación, donde prestaba sus servicios, hecho que fue probado además con el testimonio del Dr Héctor Parra, testimonio que no fue valorado por el despacho. No obstante, tampoco es aceptable imponer la carga al demandante de tener que solicitar y/o avisar a la entidad la imposibilidad de ingreso, y no le correspondía, porque era la entidad la que debía verificar las condiciones para la prestación del servicio.

Bajo el entendido entonces de que las instalaciones de la entidad se encontraban cerradas no se justifica el descuento y retención del salario del demandante, máxime cuando el paro judicial era de público conocimiento, tanto así, que la entidad expidió los actos administrativos generales, con el fin de buscar normalizar la prestación del servicio. No obstante, era a la entidad a la que le correspondía generar las condiciones adecuadas para la prestación del servicio siendo la entidad negligente en la garantía del desarrollo de la huelga y el ingreso de sus funcionarios.

Por la misma razón señalada anteriormente, afirmó que no es dable aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el entendido de que la ausencia al sitio de trabajo no fue por voluntad de la demandante sino por la imposibilidad de hacerlo, en otras palabras la inasistencia a la oficina como tal se encontraba mediada de causa o justificación legal.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

Finalizó argumentando que se vulneraron los artículos 149 y 150 del Código Sustantivo del Trabajo que establecen que está prohibido al empleador deducir o realizar descuentos sin orden suscrita del trabajador o sin orden judicial. Solicita entonces revocar la sentencia de primera instancia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Administrativo de Oralidad de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por el demandante⁹

Mediante providencia del 25 de enero de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante.¹⁰

A través de proveído de 1 de junio de 2018 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria conforme al 4º del artículo 247 del CPACA ¹¹, término dentro del cual guardaron silencio las partes y el Ministerio Público.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

3. -Problema jurídico

En razón al recurso de alzada interpuesto por la parte demandante contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si hay lugar a ordenar el pago a la demandante del salario del mes de noviembre de 2014 y reliquidación de las

⁹ Ver folio 224 del expediente

¹⁰ Ver folio 230 del expediente

¹¹ Ver folio 234 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

prestaciones sociales, como consecuencia de la suspensión de actividades por paro judicial ocurrido en esa época.

Lo anterior atendiendo a que afirma el demandante que la no prestación del servicio obedeció a que pese a los bloqueos en el ingreso la entidad demandada no garantizó las condiciones ni las instalaciones para su prestación, Aunado a lo anterior, porque la retención del salario es ilegal al tenor de lo establecido en el artículo 149 del C.S del T. y además no se cumplieron con los presupuestos que la Corte Constitucional ha establecido para el no pago de salarios, pues la inasistencia al lugar de trabajo tenía una causa legal cual era la imposibilidad en el ingreso a las instalaciones.

4. El derecho a la huelga

El artículo 56 de la Constitución Política de Colombia estableció que “Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”. Por su parte, la Corte Constitucional¹² ha definido este derecho así:

"La huelga constituye un instrumento de vital importancia en el marco de las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores, toda vez que sirve de medio legítimo de presión para alcanzar mejores condiciones de trabajo y, de esa manera, un equilibrio y justicia sociales, así como el respeto de la dignidad humana y la materialización de los derechos del trabajador. Es abundante la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el contenido y alcance del referido derecho, así como su especial protección dentro del ordenamiento constitucional, incluyendo los instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia C-432/96', en la que la Corte sintetizó esquemáticamente los distintos criterios jurisprudenciales sobre este tema, así:

- El derecho a la huelga no es un derecho fundamental, puesto que para su ejercicio requiere de reglamentación legal.
- Sólo puede ejercerse legítimamente el derecho a la huelga cuando se respetan los cauces señalados por el legislador.
- El derecho a la huelga puede ser objeto de tutela cuando se encuentra en conexión íntima con los derechos al trabajo y a la libre asociación sindical, derechos que sí ostentan el carácter de fundamentales.
- El derecho a la huelga solamente puede excluirse en el caso de los servicios públicos esenciales, cuya determinación corresponde de manera exclusiva al legislador, o los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes.
- El derecho a la huelga puede ser restringido por el legislador para proteger el interés general y los derechos de los demás.
- El derecho a la huelga también puede ser restringido por el legislador cuando de su ejercicio se deriva la alteración del orden público.
- De acuerdo con estos parámetros, puede afirmarse que, según la Constitución, el derecho de huelga está restringido de dos formas:
 - a). Está prohibido su ejercicio en los servicios públicos esenciales que determine el legislador y, obviamente en los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes.

¹² Ver sentencias de la Corte Constitucional C-201 de 2002 C-691 de 2008, C466 de 2008 y C-349 de 2009

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

b). En los demás casos, su ejercicio debe ceñirse a la reglamentación que de él haga el legislador.

En el mismo pronunciamiento, la Corte sostuvo que el núcleo esencial del derecho de huelga consiste en "la facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo. Esta facultad, claro está, no es absoluta. El punto es que la huelga constituye un mecanismo cuya garantía implica el equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores en el marco del conflicto colectivo de trabajo. Las restricciones al derecho de huelga deberán tener en cuenta este propósito, de modo que si bien este derecho puede ser limitado con el fin de proteger otros de mayor jerarquía (v. gr, los derechos fundamentales) o el interés general (bajo la forma del orden público, por ejemplo), el poder que la Constitución pretende reconocer a los trabajadores no puede quedar desfigurado."

Por su parte, el artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 1 de la Ley 1210 de 20087 establece las funciones de las autoridades durante el desarrollo de la huelga. En su numeral 4º, modificado por la misma ley, prevé que cuando esta se prolongue durante más de 60 días calendario sin que las partes encuentren solución, podrán convenir cualquier mecanismo de composición o arbitraje. Si ello no funcionare, intervendrá de oficio o a petición de parte una subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Sociales o Laborales.

El artículo 450, ibídem, literal a) establece que la suspensión colectiva de trabajo es ilegal cuando se trate de un servicio público.

5. La administración de justicia como servicio público esencial

El artículo 228 de la Constitución Política de Colombia preceptúa que "*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes (...)*"

El artículo 125 de la Ley 270 de 1996 establece que "La Administración de Justicia es un servicio público esencial". Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C 037 de 1996 señaló que:

"Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo"

Conforme a lo anterior, es deber de los funcionarios de la Rama Judicial prestar un servicio en forma permanente y regular que busque la convivencia social y pacífica

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

y el orden político, económico y social justo. Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de tutela proferida el 16 de abril de 2015, expuso:

"...Bajo tal entendido, el artículo 228 superior impone que la administración de justicia y las distintas actuaciones indispensables para cumplir con el fin de preservar el orden económico y social justo, deben ceñirse invariablemente al principio de continuidad. Ello demanda de los empleados y funcionarios vinculados a la Rama Judicial la obligación de prestar el servicio de justicia en forma permanente y regular, sin interrupciones en el tiempo ni en el espacio, salvo las excepciones de ley.

Precisamente por lo expuesto no se garantiza el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, entre ellos el de administración de justicia, derecho que, además, no es absoluto sino relativo en tanto puede ser restringido por el interés general, la satisfacción de los derechos de los demás, y cuando de su ejercicio se derive alteración del orden público.

Empero, las restricciones que el legislador imponga al ejercicio del derecho de huelga no pueden ser arbitrarias, ni desconocer su magnitud jurídica pues lo harían inoperante."

Al ser entonces la administración de justicia un servicio público esencial, ello impide garantizar el derecho de huelga con arreglo al interés general. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional¹³:

"Nótese como el principio de continuidad de la jurisdicción, cuyo origen se encuentra en el reconocimiento de la Administración de justicia como servicio público esencial, conduce a determinar que cualquier cese de actividades o suspensión del trabajo resulta contrario al ordenamiento constitucional y, por lo mismo, no tiene ninguna fuerza vinculante ni para los sujetos procesales, ni para los funcionarios judiciales que se abstengan de participar en dichas jornadas de protesta, ni para la comunidad en general".

6. El paro en la Fiscalía General de la Nación

Mediante Circular No 0014 del 18 de noviembre de 2014¹⁴, el Fiscal General de la Nación hizo un llamado a todos los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación para que brindaran continuidad en la prestación del servicio de administración de justicia y garantía del derecho al trabajo de sus servidores. En tal sentido, solicitó suspender aquellas actuaciones que impiden el ingreso de los funcionarios a ejercer sus labores.

Asimismo ordenó a los Directores Nacionales y Seccionales de la Fiscalía General de la Nación para que reportaran en dicha fecha a los funcionarios que no estaban cumpliendo con sus funciones y, de ser el caso, procediera a hacerse efectiva la

¹³ Sentencia T 1165 de 2003

¹⁴ Ver folio 18 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

deducción salarial por inasistencia al lugar de trabajo. Informó además que aquellas dependencias no tendrían turno de navidad y año nuevo en caso de que a los funcionarios les fuese imposible compensar el tiempo de descanso dentro de las fechas y horarios que la entidad haya establecido para tal fin.

Luego, mediante memorando No 000041 del 20 de noviembre de 2014¹⁵, el director nacional de apoyo a la gestión de la Fiscalía General de la Nación, indicó a los directores y subdirectores nacionales, directores seccionales, subdirectores seccionales de apoyo a la gestión jefe del departamento de administración de personal y subdirector de tecnologías de la información, que teniendo en cuenta la circular No 0014 referida anteriormente:

“1. Es deber de los Directores Nacionales y Seccionales reportar y certificar los servidores de su respectiva dependencia que no han prestado efectivamente el servicio en el mes de noviembre de 2014, identificando puntualmente al trabajador. Así como los días que no laboró, a más tardar el 21 de noviembre a las 11:00 a.m, al correo electrónico informes.despachos@fiscalia.gov.co y al Departamento de Administración de Personal o Subdirección Seccional de Apoyo a la gestión según corresponda, so pena de las medidas administrativas o disciplinarias a que haya lugar

(...)

6. Se deberá incluir en el sistema STARSISCO la novedad de días no laborados de los servidores que no han prestado efectivamente el servicio, de conformidad con las certificaciones aportadas por los Directores Nacionales y Directores Seccionales que corresponden.

8. Los Subdirectores Seccionales que cerraron la nómina y que a la fecha no han registrado su pago, deben reversar la cadena presupuestal y efectuar los registros con base en la nueva nómina.

(...)

13. Los aportes al Sistema de Seguridad Social se realizarán en un 100% a los servidores que no hayan prestado el servicio, con miras a garantizar el derecho a la seguridad social y bajo el entendido que no se encuentra suspendida la relación legal y reglamentaria con la entidad, para lo cual deberá liquidarse en autoliquidación periódica o autoliquidación por corrección. Posteriormente, se realizarán los cobros correspondientes al porcentaje de aporte del empleado.

(...)

Es responsabilidad en el cumplimiento de las directrices impartidas por el señor Fiscal General de la Nación y del proceso de no pago de salarios por no prestación efectiva del servicio, recae directamente en los Directores Nacionales, Directores Seccionales y Subdirectores de Apoyo a la Gestión, por lo cual se requiere de su absoluto compromiso y dedicación.”

A través de memorando No 000044 del 2 de diciembre de 2014¹⁶, la directora nacional de apoyo a la gestión de la Fiscalía General de la Nación, indicó a los directores y subdirectores nacionales, directores seccionales, subdirectores seccionales de apoyo a la gestión jefe del departamento de administración de personal y subdirector de

¹⁵ Ver folios 19 a 22 del expediente

¹⁶ Ver folios 23 a 25 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

tecnologías de la información, que teniendo en cuenta la circular No 0014 referida anteriormente:

“1. Es deber de los Directores Nacionales y Seccionales reportar y certificar los servidores de su respectiva dependencia que no han prestado efectivamente el servicio durante los días del mes de diciembre, identificando puntualmente al trabajador, así como los días que no laboró.
(...)

2. Se deberá incluir en el sistema STARSISCO la novedad de días no laborados de los servidores que no han prestado efectivamente el servicio, de conformidad con las certificaciones aportadas por los Directores Nacionales y Directores Seccionales que corresponden.
(...)

4. Los servidores que hayan prestado efectivamente el servicio durante los días 1 y 9 de diciembre de 2014 (conforme a la certificación de fecha 9 de diciembre de 2014) serán incluidos en la nómina periódica del mes de diciembre de 2014.

5. En caso de que se certifique que los servidores no incluidos en la nómina periódica han laborado con posterioridad al día 9 de diciembre de 2014 (conforme a la certificación de fecha 26 de diciembre de 2014) los mismos serán incluidos en nómina adicional que se cerrará el día 29 de diciembre de 2014 y se constituirá como cuentas por pagar al cierre de vigencia.
(...)

7. Los aportes al Sistema de Seguridad Social se realizarán en un 100% a los servidores que no hayan prestado el servicio, con miras a garantizar el derecho a la seguridad social y bajo el entendido que no se encuentra suspendida la relación legal y reglamentaria con la entidad, para lo cual deberá liquidarse en autoliquidación periódica o autoliquidación por corrección. Posteriormente, se realizarán los cobros correspondientes al porcentaje de aporte del empleado.
(...)

Es responsabilidad en el cumplimiento de las directrices impartidas por el señor Fiscal General de la Nación y del proceso de no pago de salarios por no prestación efectiva del servicio, recae directamente en los Directores Nacionales, Directores Seccionales y Subdirectores de Apoyo a la Gestión, por lo cual se requiere de su absoluto compromiso y dedicación.”

7. La deducción de salarios como consecuencia de la huelga o paro

Desde el año 1904 con la expedición del Decreto 1036 se indicó que para que el empleado público perciba su sueldo o salario, deberá existir previa comprobación de la prestación del servicio y ello se realiza a través de la nómina en la que el jefe de la respectiva oficina certifica el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario durante el tiempo reconocido. Por su parte el Decreto 186 de 1925 indicó *“los pagos por sueldos serán por servicios rendidos y deben comprobarse debidamente en la forma establecida por el Departamento de Contraloría”*.

El decreto 1647 de 1967 estableció:

ARTÍCULO 1º.- Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal. (Ver artículo 7 Decreto 1706 de 1989)

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

ARTÍCULO 2º.- Los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo anterior, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal

Resalta la Sala que la norma no tiene como finalidad establecer una investigación ni una sanción disciplinaria sino de ordenar de plano el descuento por inasistencias injustificadas a trabajar como consecuencia de la no prestación del servicio. En consecuencia, al constituir la norma un imperativo de obligatorio acatamiento para la entidad, debe proceder a descontar el salario por la no prestación del mismo.

Ahora bien, en lo que toca al no pago de salarios por huelga o paro, el Código Sustantivo del Trabajo señaló:

ARTICULO 51. SUSPENSIÓN. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo se suspende:

(...)

7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.

Y la consecuencia legal de dicha suspensión se estableció en el artículo 53 de la misma norma que señaló:

ARTICULO 53. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN. Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Teniendo en cuenta entonces la consecuencia jurídica de la suspensión por huelga declarada, y ante la especialidad de dicha norma no es aceptable el argumento de la parte demandante según el cual existió una retención ilegal del salario por incumplimiento de los presupuestos del artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁷, en la medida en que esta norma trae a colación situaciones fácticas

¹⁷ **ARTICULO 149. DESCUENTOS PROHIBIDOS.**

<Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1429 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.

2. <Ver Notas del Editor> Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.

3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

diferentes a los descuentos de salario como consecuencia de la suspensión del contrato por huelga declarada.

Ahora bien, en lo tocante al no pago de salario por la cesación del servicio por huelga o paro, la Corte Constitucional¹⁸ ha señalado:

"...es preciso distinguir entre paro colectivo de labores en actividades donde la clase de servicios que se realizan y por la calidad de los funcionarios, está prohibida cualquier suspensión de los mismos y el cese de actividad ocasionado por motivo de una huelga legalmente declarada, ya que son fenómenos que no se pueden equiparar jurídicamente, pues mientras que el derecho de huelga como derecho fundamental tutelado por la Constitución y la ley tiene una finalidad o propósito único definido en la misma ley, como lo es la solución de conflictos económicos o de interés y requiere una serie de pasos o trámites que deben ser agotados previamente, el denominado "paro", no está protegido ni por la Constitución ni por la ley, pues se trata de un acto de fuerza, una medida de hecho que no cumple ni con la finalidad prevista para la huelga, ni con los pasos previstos por la ley para ésta. De otra parte se encuentra proscrita conforme a lo señalado en el artículo 379 literal e) del Código Sustantivo del Trabajo, como actividad prohibida a los sindicatos'.

Por su parte, la sentencia T 1059 de 2001, en lo que se refiere a los descuentos referidos indicó:

"El Decreto 1647, en su artículo 1° establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.

A su vez el artículo 2° ibídem señala que los funcionarios que deben certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Norma que impone a la administración la obligación de descontar del salario de la actora, o más bien, de abstenerse de pagar el valor del salario equivalente a los días no laborados, pues de pagarlos se estaría permitiendo que se enriqueciera sin justa causa en perjuicio de la misma administración pública, además de incumplir con el deber de todo servidor público de hacer cumplir la Constitución y las leyes incurriendo presuntamente en la falta disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario, artículo 40 de la ley 200 de 1995.

La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.

Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente, producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia y por ende el descuento por días no laborados sin justificación legal. Pues, no existe causa legal para su pago.

¹⁸ Sentencia T 331 A de 2006

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

En el Decreto aludido, no se observa la exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento o no pago que procede ipso jure, cuando quiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley.

La aplicación de esta disposición procede de plano, previa verificación de los siguientes presupuestos:

- "a) Ausencia al sitio de trabajo para la prestación del servicio sin justificación legal;*
- "b) Certificación del jefe inmediato reportando dicha ausencia;*
- "c) Orden de descuento por nómina de los días certificados como no laborados".*

En consecuencia, si para los casos en que se desarrolla una huelga declarada conforme a la ley no es dable el pago de salarios, - salvo cuando la misma es imputable al empleador por incumplimiento de sus obligaciones laborales- menos puede serlo cuando se presenta un paro expresamente prohibido por la Ley.

Se concluye entonces que el no pago de salarios es procedente cuando el servidor público no ha prestado el servicio y surge para la entidad el deber concomitante de abstenerse de pagarlo, pues tratándose de recursos públicos, su destinación no puede realizarse con fines diferentes a la misma prestación del servicio.

Al efecto, esta corporación ha indicado con ocasión de acciones de tutelas interpuestas por empleados de la entidad demandada en la que han pedido el reconocimiento salarial aquí discutido, que el demandante no puede alegar su propia culpa a su favor, esto es, no debe ser responsable de los hechos que presuntamente vulneran los derechos invocados, pues su finalidad no es "*subsanan los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante*"¹⁹Lo anterior para significar que las consecuencia de la participación voluntaria en un paro colectivo, no pueden luego ser trasladadas a la entidad demandada.

De otra parte, el Consejo de Estado²⁰ también ha contemplado la posibilidad de recuperar el tiempo no laborado a efectos de pagar los salarios, cuando encuentra la causa justificada para la inasistencia. Así lo ha dicho la corporación:

"... Sin embargo, sin querer desconocer los antecedentes constitucionales, normativos y jurisprudenciales expuestos, se advierte que situación distinta sería en aquellos casos donde

¹⁹ Ver entre otras las sentencias de tutela proferidas por este Despacho dentro de los procesos 2014-588, 2014-577, 2014-593.

²⁰ Consejo de Estado- Sección Segunda Subsección B – sentencia de tutela proferida el 5 de marzo de 2015- No radicado 05001-23-33-000-2014-02262-01(AC). Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

pese a la existencia de un cese de actividades, los respectivos nominadores certifican que el empleado si laboró o que existen propuestas en caminadas a recuperar el tiempo durante el cual no se laboró, lo cual automáticamente reconocería el derecho al pago de salarios, eventos en los cuales, de no hacerse el mismo, si se podría determinar un actuar arbitrario ”

Ahora bien, no obstante lo dicho ha sido criterio de este Tribunal que si el servidor público se presenta a su sitio de trabajo y contra su voluntad se le impide el ingreso existirá razón suficiente para no descontar el tiempo dejado de laborar pues, es claro que, nadie está obligado a lo imposible y que es deber del Estado garantizar la normalidad en los sitios de trabajo, como prestar el servicios es, a su vez, la obligación del servidor, en estas condiciones, si la entidad retarda su obligación, y así se prueba, no puede considerarse que el servidor ha dejado de cumplirla y por ello no tiene derecho a su salario.²¹

8. Caso concreto

8.1. De la reclamación administrativa

No está en discusión el desarrollo del paro que se presentó en el año 2014, durante los meses de octubre a diciembre. Sin embargo, argumentó el demandante que la no prestación del servicio no es una causa de su voluntad sino de los bloqueos en el ingreso a las oficinas de la entidad, lo cual es imputable a la demandada en tanto no garantizó la entrada a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual el demandante solicitó el reconocimiento del salario del año 2014 y la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales. Al respecto obra la siguiente documental en el expediente:

- Petición elevada por la demandante a través de apoderado judicial en la que solicita al Fiscal General de la Nación el reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014 y la reliquidación y pago de todas sus prestaciones sociales teniendo en cuenta dicho salario, el cual se de pagar como consecuencia del paro judicial desarrollado en dicho mes²².

²¹ Sentencia fechada del 12 de octubre de 2017. No radicado 15001-33-33-007-2016-00058-01 – Magistrada Ponente Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Dte Rafael Ramírez López contra la Fiscalía General de la Nación

²² Ver folios 26 a 28 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

- Oficio No SSAG-OTH No 001487 del 28 de julio de 2015²³ por medio del cual el subdirector seccional de apoyo a la gestión seccional Boyacá de la Fiscalía General de la Nación indicó al apoderado judicial de la demandante que los salarios correspondientes al mes de noviembre de 2014 fueron cancelados siguiendo las directrices impartidas por el despacho del Fiscal General de la Nación, según circular del 18 de noviembre de 2014 y memorandos No 000041 y 000044 de noviembre y diciembre de 2014, cuyo contenido ya fue relacionado en esta providencia.

9. Solución al problema jurídico planteado

Son dos los argumentos del recurso de apelación que resuelve la Sala a saber:

a. Que la retención de salarios del mes de noviembre de 2014 hecha a la demandante, por parte de la Fiscalía General de la Nación fue ilegal, en tanto desconoció lo establecido en los artículos 149 y 150 del Código Sustantivo del Trabajo

Considera la Sala que dicho argumento no está llamado a prosperar en tanto tales preceptos hacen referencia a la prohibición que le asiste al empleador de hacer descuentos, deducir, retener o compensar suma alguna de dinero sin autorización expresa del empleador o sin previa orden judicial, situación fáctica que no coincide con los presupuestos de hecho que dieron origen a este asunto.

No obstante como se vio, el descuento del salario del mes de noviembre de 2014, en lo que hace referencia al Código Sustantivo del Trabajo tiene regulación especial, ya que los artículos 51 y 53 de dicha norma preceptúan que la consecuencia de la huelga legalmente declarada es la suspensión del contrato cuyos efectos se traducen en la interrupción para el trabajador de su obligación de prestar el servicio y para el empleador la de pagar los respectivos salarios.

Y es que si esa es la consecuencia inmediata de una huelga declarada en los términos de la Ley, es decir, son los efectos que se derivan para el trabajador y empleador en aquellos eventos en que la huelga es legal, con mayor razón lo debe ser, para servicios

²³ Ver folio 16 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

en los que su declaración no se considera legal, como es el caso del servicio de administración de justicia.

b. Que el demandante asistió a prestar sus servicios en el horario habitual y el no ingreso a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación obedeció a los bloqueos realizados como consecuencia del cese de actividades. No obstante la entidad no garantizó la adecuación de otro sitio para la prestación de los servicios.

Para desatar dicho argumento tiene en cuenta la Sala que se acreditaron en el plenario los siguientes hechos:

- Que durante los meses de noviembre y diciembre del 2014, la Fiscalía General de la Nación se encontraba en cese de actividades, por cuanto los sindicatos de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, votaron en asamblea el ingreso al paro judicial, hecho se acreditó con la constancia expedida por la presidenta de Unión de Servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General obrante a folio 151 de las diligencias.

-Que como consecuencia del paro colectivo de actividades, a la demandante y demás compañeros de la Fiscalía General de la Nación les fue bloqueado el ingreso a las oficinas para el desempeño de funciones, situación que se acreditó con la documental mencionada anteriormente y con el testimonio rendido por el señor HÉCTOR DOMINGO PARRA BAUTISTA quien manifestó entre otras cosas que:

- En el Palacio de Justicia se votó el paro y luego en la Fiscalía se hizo una reunión de Fiscales y asistentes y se votó también el ir al cese de actividades. Luego por parte de Asonal al declararse el apoyo al paro, se empezaron a hacer los puntos de concentración como afuera del Palacio de Justicia. Sin embargo se acordó atender tutelas y actos urgentes de URI.

- En la Fiscalía se localizó todo el personal en la oficina de asignaciones de la institución, ahí todos los compañeros se presentaban a trabajar sin poder ingresar a sus oficinas porque asonal había obstruido su ingreso, habían cadenas; sin embargo los funcionarios siguieron cumpliendo horario. El paro nunca fue declarado ilegal y aun así se dejó de pagar el salario.

El paro fue apoyado incluso por los directores y subdirectores de la Fiscalía quienes llevaban onces pero de repente dejaron de dar el apoyo. No obstante todos los empleados y funcionarios asistieron a cumplir sus horarios y es injusto que se pague el salario a casi todos los distritos del país menos a la Fiscalía General de la Nación en Tunja. Indicó que los funcionarios firmaban el listado del cumplimiento del horario. Afirmó que el firmaba su ingreso y su salida, pero lamentablemente los que querían trabajar tampoco podían ingresar porque ello estaba impedido por el voto de las mayorías. No obstante se realizaban

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Claudia Marcela Bolívar López**
Demandado : **Fiscalía General de la Nación**
Expediente : **15001-33-33-014 -2015-00211-01**

en las oficinas diversas actividades como leer sus expedientes, pero los empleados siempre asistieron a cumplir sus horarios y ello era de conocimiento.

Indicó que la demandante laboraba en la época del paro en la carrera 10 No 20-21, y le consta que ella siempre llegó a sus horas de trabajo y firmaba planillas de asistencia. No obstante así ella quisiera trabajar no lo podía hacer porque era imposible por los bloqueos. La Fiscalía General de la Nación no habilitó sitios de trabajo alternos para la prestación del servicio. Manifestó que por conocimiento propio el no pago del salario del mes de noviembre de 2014 afectó la continuidad de cada uno de los servidores, afectando la liquidación de primas y liquidación de cesantías, incluso el disfrute de vacaciones que tuvo que postergarse. Hizo un llamado sobre las causas justas de la protesta de la Fiscalía General de la Nación y demás sectores vulnerados de la sociedad

- Se encuentra acreditado en el expediente que la doctora Claudia Marcela Bolívar López se desempeñaba como Fiscal 19 delegada antes Jueces del Circuito y que para el año 2014 devengaba un salario mensual de \$ 4.570.386²⁴. No obstante - Se encuentra en el expediente certificado de devengados y deducidos por la demandante para el año 2014 en el que se evidencia que en el mes de noviembre no se pagaron salarios, y hecho que afectó la liquidación de sus prestaciones.²⁵

Obra igualmente certificado suscrito por la Directora Seccional de la Fiscalía General de la Nación seccional Boyacá el día 24 de noviembre de 2014 en la que se indicó:

“Que, teniendo en cuenta la Circular 0014 del 18 de noviembre de 2014 emitida por el Señor Fiscal General de la Nación donde imparte instrucciones sobre el deber de dar aplicación a las deducciones salariales a las que haya lugar por la no prestación efectiva del servicio en concordancia con el Memorando No 0041 del 20 de noviembre de 2014 suscrito por el doctor HÉCTOR TOVAR QUIROGA Director Nacional de Apoyo a la Gestión, una vez revisadas las planillas y reportes presentado por la Doctora OMAIRA MONTOYA BLANCO, Subdirectora Seccional de Fiscalías y Seguridad ciudadana de Boyacá, Doctora CIELO MARBEL GARCÍA GARCÍA, Subdirectora Seccional de Policía Judicial CTI Boyacá y el Doctor GABRIEL EDUARDO BEDOYA MUÑOZ, Subdirector de Apoyo a la Gestión Seccional Boyacá, consolidada la información se expide listado de los ciento setenta (170) servidores que por encontrarse participando en la Jornada de Cese de Actividades convocado por Asonal Judicial y otros sindicatos de la Rama Judicial no han laborado en el mes de noviembre del presente año. Se anexa cuadro resumen de funcionarios y días no laborados el cual fue consolidado por Olga Lucía Cárdenas Galindo de la Oficina de Personal y aprobado por el Doctor Gabriel Eduardo Bedoya Muñoz Subdirector de Apoyo a la Gestión”

En el listado anexo aparece certificada la doctora CLAUDIA MARCELA BOLÍVAR LÓPEZ con un total de 24 días no laborados²⁶, donde se evidencia que la funcionaria se encontraba en cese de actividades.

²⁴ Ver folio 145 del expediente

²⁵ Ver folios 144 a 146 del expediente

²⁶ Ver folios 99 a 103 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

De otra parte, obra oficio sin número del 1 de marzo de 2017²⁷ por medio del cual la presidenta de Unión de Servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación señaló:

“Los sindicatos ASONAL JUDICIAL, SINTRAFISGENRAL Y UNISERCTI, votaron la huelga a la que se dio inicio en el mes de octubre de 2014, la que se prolongó hasta el mes de diciembre del mismo año, durante la huelga los trabajadores de la Fiscalía General de la Nación, seccional Boyacá, constituimos la Subdirectora UNISERCTI BOYACÁ, una vez constituida se votó la huelga adhiriéndonos a ella, acta que fue depositada ante el ministerio de trabajo.

Lo que implicó el bloqueo de las oficinas e instalaciones ubicadas en la carrera 10 No 20-21 donde funciona la Fiscalía General de la Nación en Tunja. Por otra parte esta organización sindical no ejerció control, ni cuenta planilla de asistencia de los funcionarios de Tunja en el mes de noviembre de 2014.”

En consecuencia, dada la autenticidad que se presume respecto de la certificación expedida por la Directora Seccional de la Fiscalía General de la Nación seccional Boyacá el día 24 de noviembre de 2014 y sin que la misma haya sido tachada, se tiene por acreditado el hecho de que la demandante se encontraba en cese de actividades y por ende de su inasistencia a prestar el servicio durante los días certificados del mes de noviembre de 2014.

No desconoce la Sala que obra en el proceso testimonio rendido por el doctor HÉCTOR DOMINGO PARRA BAUTISTA en el que afirma que el ingreso a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación se encontraba bloqueado, es decir, que el no ingreso para la prestación del servicio no obedeció a la voluntad de los trabajadores sino a los bloqueos en su ingreso.

Sin embargo, considera la Sala que no se probó dentro del expediente que la demandante hubiese querido acudir a prestar sus servicios y que los bloqueos fueron la causa de su no ingreso, toda vez que el Decreto 1647 de 1967 exige en su artículo 2 que la prestación del servicio debe estar certificada para realizar el pago de salarios, razón por la cual, no puede pretender la parte actora acreditar la prestación del servicio vía testimonial, cuando la norma y la jurisprudencia, exigen prueba documental.

En concordancia con lo anterior, no es dable derrumbar la autenticidad de la certificación expedida por la funcionaria pública ya mencionada, que dio cuenta de la

²⁷ Ver folios 151 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

no prestación del servicio por parte de la demandante, la cual se presume auténtica conforme a las previsiones del artículo 244 del C.G.P. Lo anterior, teniendo en cuenta además que el artículo 225 de la misma norma preceptúa que la prueba testimonial no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validéz de un acto o contrato.

Téngase en cuenta además que el testigo traído al proceso también es funcionario de la Fiscalía General de la Nación y de acuerdo con el reporte de días no laborados con ocasión del paro, allegado por la entidad demandada, él también se encuentra dentro de los servidores que no laboraron durante los 24 días del mes de noviembre de 2014.

Finalmente en el desarrollo del paro colectivo no se llevó respecto de la entidad demandada un estricto control que dé cuenta en el plenario sobre la asistencia de su personal a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación durante el tiempo en que se adelantaron las protestas.

Son los anteriores argumentos los que llevan a esta Sala a confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que el derecho a la huelga no se garantiza en los servicios públicos esenciales como el de administración de justicia, no se probó la prestación del servicio ni la asistencia a las instalaciones de la entidad y por el contrario se allegó la certificación en sentido contrario, y finalmente no se acreditaron circunstancias concomitantes como la recuperación del tiempo no laborado.

Por último encuentra la Sala que se cumplió con el pago de aportes a seguridad social por el mes de noviembre de 2014, como se evidencia a folio 145 de las diligencias.

5. Costas y agencias en derecho

Sería del caso condenar en costas a la parte recurrente en consideración a que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el numeral 3 del artículo 365 del C.G. del P establece que se condenará en costas cuando se confirme en todas sus partes la providencia recurrida. No obstante, el numeral 8 del artículo 365 mencionado, señala que sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación y en el presente caso, no se

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Claudia Marcela Bolívar López
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-014 -2015-00211-01

encuentran causadas, toda vez que la entidad demandada no ejerció actuación alguna en el trámite de la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del circuito de Tunja el día 30 de noviembre de 2017, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 46 de 13 MAR 2020
EL SECRETARIO